

Sygn. akt: KIO 621/16

## WYROK

z dnia 4 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016r. przez **wykonawcę Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jarczewskiego 8**

przy udziale **wykonawcy Aesculap Chifa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomysłu, ul. Tysiąclecia nr 14** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 621/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zadania nr 31 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert w zakresie zadania nr 31, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Asclepios SA z postępowania, dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jarczewskiego 8 i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jarczewskiego 8 na rzecz Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero**

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę antybiotyków 45 zadań zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 lutego 2016r. za numerem 2016/S 019-046580.

W dniu 16 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniach 15, gdzie najkorzystniejsza okazała się oferta wykonawcy FRESENIUS KABI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 i zadaniu 31 – gdzie najkorzystniejszą okazała się oferta wykonawcy Aesculap Chifa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Tysiąclecia nr 14 oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 – dalej odwołującego, w tych zadaniach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej ustawy). Jako podstawę faktyczną odrzucenia zamawiający podał, że w siwz dla zadania nr 15 wymagał, aby wykonawca zaoferował roztwór do infuzji w butelce stojącej z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji. Odwołujący zaoferował butelkę wyposażoną w dwa porty, które są zależne od siebie (oba porty pokryte jedną wspólną srebrną zaślepką foliową) co oznacza brak zachowania sterylności każdego z nich z osobna. W związku z powyższym przedmiot oferty dla zadania nr 15 nie odpowiada treści siwz (odkrycie jednego z portów powoduje rozszczelnienie pokrycia drugiego portu oraz brak niezależności portów). Nadto zamawiający w siwz dla Zadania nr 31 wymagał, aby wykonawca zaoferował roztwór i.v. i do infuzji w butelce stojącej zabezpieczonej dwoma portami nie wymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem. Wykonawca zaoferował butelkę z dwoma portami, które są pokryte jedną wspólną srebrną zaślepką foliową, co oznacza brak zachowania sterylności każdego z nich z osobna. W związku z powyższym przedmiot oferty dla zadania nr 31 nie odpowiada treści siwz. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty i przedstawienie informacji wskazujących na zachowanie sterylności (zad 31 i 15) oraz posiadanie dwóch niezależnych portów (zad nr 15), jednak odwołujący nie udzielił odpowiedzi dotyczącej cechy wymaganej w siwz związanej z brakiem konieczności dezynfekcji portów (np. po odkryciu pierwszego portu).

W dniu 22 kwietnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie podpisał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopię odwołania przekazano zamawiającemu w dniu 22 kwietnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fresenius ze względu na przedstawienie w odniesieniu do Pana O. T.H. informacji z KRK miejsca zamieszkania (Austria) wydruku, który nie jest dokumentem w formie -oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem;
- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo iż jest ona zgodna z siwz, a zamawiający nie wykazał domniemanej niezgodności;
- art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy, polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz. Zamawiający wybrał w zadaniach 15 oraz 31 ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu;
- art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż w przypadku, gdy oferta odwołującego zachowuje zgodność z siwz powinna zostać dopuszczona do etapu oceny ofert. Jednocześnie przepis ten został naruszony ze względu na dokonaną interpretację zapisów siwz w zakresie wymagań dla opakowań antybiotyków, niezgodną z zapisami tejże siwz, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego;
- art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na brak adekwatnego do treści siwz uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- art. 38 ust. 4 ustawy przez brak przekazania wykonawcom oraz brak zamieszczenia na stronie internetowej zmiany siwz polegającej na dookreśleniu znaczenia opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 15 i 31;

oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że jego interes został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona przez odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w siwz kryteriów oceny ofert (w części nr 15 po wykluczeniu wykonawcy Fresenius), a tylko wskutek naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w częściach nr 15 i 31 unieważnienia czynności oceny ofert; uznanie ofert odwołującego za zgodne z siwz; w zadaniu nr 15 wykluczenie wykonawcy Fresenius lub wezwanie go do uzupełnienia prawidłowego dokumentu; dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem ofert odwołującego; wyboru jako najkorzystniejszych ofert odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający postawił w siwz następujące wymagania dla oferowanych opakowań antybiotyków:

Cześć 15 (zadanie 15)

„Ciprofloxacin 0,1g/50 ml - roztw. do infuzji - butelka stojąca z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji"

oraz

„Ciprofloxacin 0,2g/100 ml - roztw. do infuzji - butelka stojąca z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji"

Cześć 31 (zadanie 31):

„Metronidazole inj., 0,5 % 100 ml - i. v. i do infuzji - butelka stojąca zabezpieczona dwoma portami nie wymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem"

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 13 o treści:

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w pakiecie 15 pozycja A, B leku Ciprohex 100 mg / 50 ml, Cipronex 200 mg / 100 ml leków w pojemnikach polietynowych formowanych z adapterem typu Insocap z dwoma niezależnymi portami?"

udzielonej 4 marca 2016 r, a dotyczącej części nr 15, Zamawiający wskazał, że:

„wyraża zgodę pod warunkiem że zaproponowany preparat jest zgodny z zapisami siwz."

Tym samym ani w siwz, ani w odpowiedzi na pytanie zamawiający nie doprecyzował co oznacza sformułowanie „butelka stojąca z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji" w przypadku części nr 15 oraz: „butelka stojąca zabezpieczona dwoma portami nie wymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem" w przypadku części nr 31.

Z tej przyczyny niezrozumiałe są powody odrzucenia oferty odwołującego, który zaoferował produkt aseptyczny (niewymagający dezynfekcji), zabezpieczony przed rozszczelnieniem, posiadający dwa niezależne porty.

W treści wyboru zamawiający stwierdził w odniesieniu do części nr:

- 15 iż oba porty są „zależne" od siebie ponieważ są pokryte jedną folią co oznacza brak zachowania sterylności każdego z nich z osobna. To zdaniem zamawiającego oznacza, iż oferta jest niezgodna z siwz, ponieważ odkrycie jednego z portów powoduje rozszczelnienie pokrycia drugiego z nich i tym samym brak niezależności portów;
- 31 iż wymagał butelki z dwoma portami niewymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem, zaś oba porty butelki zaoferowanego antybiotyku są pokryte jedną folią zabezpieczającą w związku z tym brak jest sterylności każdego portu z osobna.

Z powyższego można wnioskować, że zamawiający na etapie oceny ofert uszczegółowił opis przedmiotu zamówienia i zdefiniował w odniesieniu do części nr 15 „niezależność" portów", jako możliwość zachowania sterylności każdego z nich po zerwaniu folii zabezpieczającej. Dopiero bowiem w takim przypadku uzasadnienie odrzucenia oferty ma sens. Odwołujący podkreślił, że z treści siwz nie wynika powyższe rozumienie terminu: „niezależność". Przywołane zapisy siwz zobowiązują tylko do tego, aby butelka z

antybiotykiem posiadała dwa niezależne porty i nie wymagała dezynfekcji, przy czym w przypadku części 31 Zamawiający dodatkowo podał, iż brak konieczności dezynfekcji dotyczy pierwszego użycia. W tym kontekście zaofertowane antybiotyki spełniają wymogi siwz. Zamawiający nie kwestionuje zresztą, iż oferta zapewnia dostawę butelek z dwoma portami. Kwestionowana jest niezależność tych portów (część 15), która w siwz nie została zdefiniowana. Co więcej zdaniem odwołującego, zamawiający miał możliwość doprecyzowania tego zapisu siwz w ramach odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 4 marca br., ale jedynie powtórzył, że wymaga zgodności oferty z siwz, przyznając, że dopuści proponowany lek Cipronex o ile spełni on wymagania specyfikacji. Wykonawcy mogli zatem uznać, że lek Cipronex odpowiada wymogom zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że w siwz zamawiający nie definiował niezależności portów poprzez odniesienie do sposobu ich zabezpieczenia czy możliwości jednoczesnego rozszczelnienia. Tym samym podanie jako przyczyny niezgodności oferty z siwz zabezpieczenia portów jedną folią wykracza poza treść siwz i nie może być, w ocenie odwołującego, podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy . Dodatkowo brzmienie siwz wymagało zaofertowania butelki wyposażonej w dwa niezależne porty niewymagające dezynfekcji. Zamawiający nie wskazał, że wymaga, aby brak konieczności dezynfekcji dotyczył każdego z portów z osobna. Jeśli zatem zaofertowany Cipronex posiada butelkę wyposażoną w dwa porty, z których można korzystać niezależnie i nie wymagają one dezynfekcji (są zabezpieczone folią przed otwarciem), to taka oferta jest zgodna z siwz i nie podlega odrzuceniu.

W przypadku części nr 31 zamawiający w opisie w ogóle pominął kwestię niezależności, a wprowadził wymóg braku konieczności dezynfekcji przed pierwszym użyciem. Oznacza to, że brak konieczności dezynfekcji dotyczy pierwszego użycia butelki, a nie użycia każdego portu butelki. Podawanie jako przesłanki odrzucenia oferty zabezpieczenia portów wspólną folią i brak zachowania sterylności każdego z portów z osobna także w tym przypadku wykracza poza wymogi siwz i nie może stanowić podstawy odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy .

Jeżeli zamawiający w toku postępowania doszedłby do wniosku, że zapisy siwz nie odpowiadają jego potrzebom, to powinien zmienić siwz zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy . Jednak zmiany siwz na etapie oceny ofert są niedopuszczalne, co wynika wprost z tego przepisu. W ocenie odwołującego odrzucenie jego ofert nastąpiło na podstawie nieistniejącego zapisu siwz, który de facto był interpretacją siwz dokonaną przez zamawiającego. Obowiązujące w momencie składania oferty zapisy specyfikacji były jednoznaczne i czytelne dla wykonawców i to one muszą stanowić podstawę oceny ofert. Wykonawcy nie mają obowiązku domyślać się co zamawiający rozumie pod pojęciami podanymi w siwz, taka interpretacja byłaby sprzeczna z art. 29 ust. 1 ustawy i praktycznie

uniemożliwiałyby złożenie oferty zgodne z wymogami zamawiającego. To dlatego właśnie zapisy siwz muszą być jednoznaczne i wyczerpujące.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że zapisy siwz były niejednoznaczne, to zamawiający nie ma prawa dokonywać ich interpretacji w sposób niekorzystny dla wykonawców. Na poparcie swego stanowiska powołał orzecznictwo Izby tj. wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r. (sygn. KIO 605/14),

Skoro zaś zamawiający uważa, że zapisy siwz były jego zdaniem nieprecyzyjne i wymagają dodatkowej interpretacji, to wszelkie wątpliwości należało rozpatrzyć na korzyść wykonawców, w tym odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że jego wyjaśnienia z dnia 31 marca 2016 r. były wystarczające i potwierdzały zgodność treści oferty z brzmieniem siwz, zaś wezwanie zamawiającego z dnia 5 kwietnia, w którym odwołujący został zobowiązany do przedstawienia dowodów w postaci oświadczenia producenta wykraczało poza wymogi siwz oraz brzmienie art. 25 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający nie określał bowiem w siwz obowiązku składania podobnych dokumentów z ofertą, zaś dokument ten w konsekwencji nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania. siwz wskazywała bowiem katalog dokumentów potwierdzających zgodność oferty z siwz - były to: formularz oferty oraz wykaz oferowanych antybiotyków wraz z kalkulacją ceny. Brak zatem podstaw do żądania oświadczenia producenta lub innych dokumentów potwierdzających zgodność z siwz. Nie mniej jednak oświadczenie producenta antybiotyków zaoferowanych w części 15 i 31 również potwierdza zgodność oferty z siwz. Wymóg zachowania „aseptyki” podczas użytkowania leku nie jest sprzeczny z wymogami specyfikacji, a wynika z ogólnych reguł obchodzenia się z lekarstwami. Ten zapis zresztą pojawia się także w ofercie wybranej w części 15, tj. ofercie Fresenius.

Co do zaniechania wykluczenia wykonawcy Fresenius odwołujący zwrócił uwagę, że do oferty załączono wydruki informacji-z KRK wydany przez Wiedeński Urząd Rejestru Karnego wydanej w formie elektronicznej. Podkreślił, że wydruk dokumentu elektronicznego nie odpowiada wymogom siwz i §7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 Nr 231). Wykonawca załączył do oferty wydruk zaświadczenia bez podpisu osoby wydającej, a więc pismo niemające charakteru dokumentu wymaganego w polskiej ustawie Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015, poz. 2164 ze zm.). Na dokumencie nie jest odwzorowany żaden podpis potwierdzający, że wydruk jest dokumentem wydanym przez właściwy urząd. Z żadnego powszechnie obowiązującego przepisu prawa nie wynika iżby wydruk takiego dokumentu elektronicznego posiadał moc oryginału (wydanego w formie elektronicznej), a zatem nie odpowiada wymogom ww. rozporządzenia ws. rodzajów

dokumentów. Wydruk nie zawiera wiarygodnego i weryfikowalnego podpisu, nie może być traktowany jak dokument, a więc również jego kopia nie może być traktowana jak dokument poświadczony za zgodność z oryginałem. Tym samym Fresenius nie wykazał, że brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania, co implikuje po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia (którego również zaniechano) lub wykluczenia wykonawcy.

W dniu 25 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 kwietnia 2016r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Aesculap Chifa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Tysiąclecia nr 14. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego w zakresie zadania nr 31, gdyż jego oferta na to zadanie została wybrana jako najkorzystniejsza. Wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego. Zgłoszenie opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2016r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji zgłaszającego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 kwietnia 2016r.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego, oferty Fresenius, wezwań zamawiającego skierowanych do odwołującego o złożenie wyjaśnień z dnia 29 marca 2016r. i 5 kwietnia 2016r., wyjaśnień odwołującego z dnia 31 marca 2016r. i 7 kwietnia 2016r., ulotki dla leku Cipronex, ulotki dla leku Metronidazol, ulotki dla leku Metronidazole B. Braun.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale nr 2 siwz przedmiot zamówienia określił jako dostawę antybiotyków - 45 zadań wg asortymentu szczegółowo wyspecyfikowanego w załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ, przy czym przez „pozycje asortymentowe” zamawiający rozumie leki/produkty o tej samej nazwie międzynarodowej/opisie, zgrupowane pod określonym numerem liczby porządkowej a także leki zgrupowane w obrębie zadania oznaczonego numerem 1.

Dopuszczalne jest składanie ofert na dowolnie wybraną ilość spośród wymienionych 45 pozycji asortymentowych (zadań), bowiem każda z nich będzie podlegała odrębnej procedurze przetargowej związanej z wyborem oferty. W przypadku pozycji (numeru), w

których występuje kilka produktów, postaci lub dawek leku – konieczne jest złożenie pełnej oferty w obrębie danej pozycji asortymentowej ( np. nr 1, 5, 9, 10 itp.).

Leki w obrębie jednej pozycji asortymentowej należy umieszczać wg zasady „od jednego producenta”, za wyjątkiem poz. 1, 9, 32 i 37 dla których dopuszcza się możliwość zaferowania przedmiotu oferty, którego poszczególne pozycje mogą być wytwarzane przez różnych producentów.

Każdy numer porządkowy (od 1 do 45) przypisany jest wskazanej w Załączniku nr 1 pozycji asortymentowej (oznaczeniu zadania), dlatego niedopuszczalne jest wprowadzanie własnej numeracji oferowanych leków/produktów w przypadku składania ofert tylko na wybrane zadania. Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych nazwom międzynarodowym, dawkom i postaciom leków/produktów wskazanych w Załączniku nr 1. Dopuszczalne jest składanie ofert na leki odpowiadające wskazanej nazwie międzynarodowej - spośród występujących na rynku – należy jedynie zachować podaną postać i dawkę. Na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowej kalkulacji ilości opakowań handlowych poszczególnych leków/produktów w celu otrzymania zapotrzebowanej przez Zamawiającego ilości tabletek/ampułek/fiolek/sztuk. Wskazanie ilości opakowań nie pokrywających pełnego zapotrzebowania Szpitala (za mało lub za dużo tabletek/ampułek/itd.) - spowoduje dokonanie korekty treści kosztorysu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy (przy zachowaniu podanej ceny jednostkowej), o ile nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 4 marca 2016r. opowiadając na pytanie nr 13 o treści „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie w pakiecie 15 pozycja A, B leku Cipronex 100 mg / 50 ml, Cipronex 200 mg / 100 ml leków w pojemnikach polietynowych formowanych z adapterem typu Insocap z dwoma niezależnymi portami?” zamawiający oświadczył, że wyraża zgodę pod warunkiem że zaproponowany preparat jest zgodny z zapisami SIWZ.

Na str. 22 – 23 oferty Fresenius Kabi znajduje się zaświadczenie o niekaralności na podstawie Rejestru Karnego wystawione przez Urząd Rejestru Karnego w Wiedniu wraz tłumaczeniem z języka niemieckiego na język polski, z którego wynika, że dokument ten został wystawiony dla O.T.H. i potwierdza, że nie figuruje on w Rejestrze Karnym Republiki Austrii jako osoba skazana. Dokument został wystawiony w formie elektronicznej i opatrzony podpisem elektronicznym, a weryfikacji wydruku można dokonać w urzędzie/jednostce wystawiającej dokument. Jednocześnie znajduje się oświadczenie, że dokument został podpisany urzędowo.

Na str. 3 -4 oferty odwołującego znajduje się wypełniony załącznik nr 1 do siwz, w którym dla zadania 15 odwołujący zaferował Ciprofloxacin 0,1g/50ml roztwór do infuzji – butelka stojąca z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji – nazwa handlowa leku Cipronex 100 MG 2MG/1ML 50 ML produkcji Polpharma SA i Ciprofloxacin 0,2g/50ml

roztwór do infuzji – butelka stojąca z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji – nazwa handlowa leku Cipronex 200 MG 2MG/1ML 100 ML produkcji Polpharma SA, zaś dla zadania 31 zaoferował Metronidazole inj. 0,5% 100 ml – i.v. i do infuzji – butelka stojąca zabezpieczona dwoma portami nie wymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem – nazwa handlowa leku Metronidazol 0,5% LZ 100ML producent Polpharma SA.

W dniu 29 marca 2016r. zamawiający wezwał odwołującego do potwierdzenia że dla zadania 15 zaoferowane butelki stojące z dwoma niezależnymi portami nie wymagają dezynfekcji i dla zadania 31 zaoferowane butelki stojące z dwoma niezależnymi portami nie wymagają dezynfekcji przed pierwszym użyciem.

W dniu 31 marca 2016r. odwołujący potwierdził te właściwości wskazując, że produkty posiadają opakowanie typu pojemnik polietylenowy formowany z adapterem typu Insocap. Adapter typu Insocap posiada dwa niezależne porty, które po zerwaniu folii zabezpieczającej przed pierwszym użyciem nie wymagają dezynfekcji.

W dniu 5 kwietnia 2016r. zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego o przedstawienie dowodów (np. informacji od producenta), iż porty nie wymagają dezynfekcji przed użyciem (są sterylne). W dniu 7 kwietnia 2016r. odwołujący w celu wyjaśnień złożył pismo producenta Polpharma, który stwierdził, że dla zaoferowania produktów leczniczych w opakowaniach polietylenowych z dwoma niezależnymi portami wykonano badania potwierdzające jałowość leku przy zachowaniu zasad aseptyki. Badanie jałowości produktów jest wykonywane rutynowo dla każdej serii produktu. Wskazał, że obowiązkiem wytwórców jest zapewnienie zgodności produktu leczniczego z zarejestrowaną przez Urząd Rejestracji specyfikacją, która wymaga potwierdzenia jałowości leku nie zaś opakowania zewnętrznego. Z ulotki Cipronex 2mg/ml wynika, że należy go przechowywać w oryginalnym opakowaniu i nieużyty roztwór należy wyrzucić. Z ulotki leku metronidazol 0,5% Polpharma wynika, że pojemnik polietylenowy po sprawdzeniu szczelności oraz zerwaniu folii zabezpieczającej podłącza się do zestawu igłą dwukanałową. Roztwór pozostały po infuzji nie może być powtórnie użyty. Z ulotki Metronidazole B. Braun wynika, że lek jest przeznaczony do jednorazowego użytku. Niewykorzystaną pozostałość należy wyrzucić. Z mikrobiologicznego punktu widzenia rozcieńczony lek powinien być zużyty natychmiast. Jeśli lek nie zostanie zużyty natychmiast, czas przechowywania i warunki przed użyciem stanowią odpowiedzialność użytkownika i nie powinny przekraczać 24 godzin w temperaturze 2°C do 8°C chyba, że rozcieńczenie nastąpiło w kontrolowanych, walidowanych warunkach jałowych. Stosować wyłącznie, jeśli otwór jest przezroczysty i pozbawiony widocznych cząstek, a butelka i zamknięcie nie są naruszone.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fresenius ze względu na przedstawienie w odniesieniu do Pana O. T.H. informacji z KRK miejsca zamieszkania (Austria) wydruku, który nie jest dokumentem w formie -oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pomiedzy stronami sporne jest czy według prawa austriackiego wydruk z elektronicznego zaświadczenia z Urzędu Rejestru Karnego w Wiedniu opatrzony zweryfikowanym podpisem elektronicznym urzędowym Republiki Austrii jest dokumentem na prawach oryginału wystawionego w formie pisemnej. W ocenie Izby z portalu E-Certis wynika, że sporny dokument wydawany jest w Austrii w formie elektronicznej i papierowej, przy czym forma elektroniczna jest umieszczana w formacie pdf. Dla prawidłowości tego dokumentu w formie elektronicznej państwo członkowskie nie zastrzegło żadnych dodatkowych wymagań. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił okoliczności, że złożenie wydruku formy elektronicznej powyższego dokumentu w postępowaniu przetargowym nie jest złożeniem oryginału tego dokumentu. W szczególności podawane przez odwołującego i zamawiającego przykłady z prawa polskiego nie mogą mieć w tym przypadku znaczenia rozstrzygającego, gdyż dotyczą innego porządku prawnego. Na marginesie można jedynie zauważyć, że gdyby dokument ten był wystawiony na gruncie prawa polskiego, to jako opatrzony podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu, były zrównany w swojej formie z formą pisemną na gruncie kodeksu cywilnego. Natomiast przykłady wskazywane przez strony tj. CEIDG, czy KRS, które wydają zaświadczenia, których wydruk elektroniczny nie wymaga potwierdzenia, nie są opatrywane takimi podpisami, stąd porównanie nie było trafne. Izba nie ma podstaw do kwestionowania dokumentu wystawionego przez właściwy organ państwa obcego, zwłaszcza w sytuacji, gdy to państwo członkowskie wskazuje, że dokument w formie elektronicznej jest wystawiany i nie stawia jakichkolwiek wymogów związanych z jego użyciem, w tym wydrukowaniem, na potrzeby procedur zamówień publicznych. E-Certis jest bazą, która ma ułatwić instytucjom zamawiającym badanie wniosków i ofert z czynnikiem zagranicznym i jest tworzona z

informacji przekazanych przez poszczególne państwa członkowskie. W tej sytuacji zamawiający miał prawo przyjąć, że załączony wydruk dokumentu elektronicznego jest prawidłowy co do formy i wobec braku dowodu przeciwnego ze strony odwołującego, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo iż jest ona zgodna z siwz, a zamawiający nie wykazał domniemanej niezgodności

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo tj. w zakresie zadania nr 31. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Treść siwz w zakresie zadania nr 15 w ocenie Izby nie budzi wątpliwości. Zamawiający wymagał opakowania leku w butelce stojącej z dwoma niezależnymi portami nie wymagającymi dezynfekcji. Z takiej treści siwz wynikało, że jako opakowanie butelka ma być jedna, ma stać i ma mieć dwa niezależne porty i te porty mają być niezależne w zakresie sterylności. Użyta przez zamawiającego konstrukcja gramatyczna odnosiła bowiem wymaganie sterylności do portów, a te miały być niezależne i w ocenie Izby ta niezależność miała dotyczyć także sterylności. W tym zakresie nie można wyjaśnień zamawiającego ocenić jako zezwalające na zaoferowanie leku Cipronex, gdyż odwołujący opisując ten lek wskazał wprawdzie na dwa niezależne porty, ale nie odniósł tej niezależności do wymogu sterylności. Natomiast Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu z oględzin butelki Metronidazolu produkcji Polpharma ustaliła, że butelka jest stojąca posiada dwa porty i oba porty przed utratą sterylności zabezpieczone są jedną wspólną folią.– odwołujący nie kwestionował przeprowadzonego dowodu w odniesieniu do zadania nr 15, nie podnosił, że zaoferowane przez niego opakowanie leku Cipronex różni się od opakowania leku Mertonidazol, ani nie przeczył, że w przypadku zdjęcia folii oba porty będą odsłonięte. Izba wzięła pod uwagę także to, że w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 15 nie ma ograniczeń czasowych, w jakich porty mają nie wymagać dezynfekcji. W konsekwencji na podstawie tak treści siwz jak i przeprowadzonego dowodu z oględzin Izba doszła do przekonania, że zaoferowany przez odwołującego produkt lek Cipronex nie zapewnia wymagania dotyczącego dwóch niezależnych portów nie wymagających dezynfekcji, w przypadku niejednoczesnego użycia obu portów.

Odnośnie zadania nr 31 w ocenie Izby nie było możliwe ustalenie jednoznacznej treści siwz. Zamawiający wymagał bowiem butelki stojącej zabezpieczonej dwoma portami nie wymagającymi dezynfekcji przed pierwszym użyciem. W przypadku tego opisu z treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynikało, że porty mają być niezależne, ani także do czego

odnosi się pojęcie pierwszego użycia, czy do butelki jako całości opakowania, czy do portu. Użyta konstrukcja nie pozwala na zidentyfikowanie nie budzącej wątpliwości treści siwz. W dalszej kolejności Izba ustaliła na podstawie przeprowadzonego dowodu z oględzin butelki leku Metronidazol Polpharma, że jest to butelka stojąca posiada nakrętkę z dwoma portami przy czym w momencie zdjęcia folii zabezpieczającej porty ani butelka, ani żaden z portów nie wymaga dezynfekcji, tym samym w przypadku pierwszego użycia butelki jako całego opakowania jak i użycia jednego z portów - porty nie wymagają dezynfekcji. W tym stanie rzeczy Izba w zakresie zadania nr 31 nie odnalazła treści oferty odwołującego, które nie odpowiadałyby treści siwz. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 31 należało uznać za zasadny. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę zamawiającemu na brak konsekwencji w posługiwaniu się pojęciami, to jest w siwz zamawiający nie wymaga dla zadania nr 31 niezależnych portów, ale takie wymaganie pojawia się dla zadania nr 31 w wezwaniu z dnia 29 marca 2016r. oraz wbrew literalnemu brzmieniu siwz jak i stanowisku prezentowanemu na rozprawie zamawiający w tymże samym wezwaniu odnosi sformułowanie „nie wymagają dezynfekcji” do butelek, a nie do portów, co mogło wywołać u odwołującego przekonanie, że zaoferował prawidłowy produkt w zadaniu nr 15.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy, polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz. Zamawiający wybrał w zadaniach 15 oraz 31 ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie zadania nr 31. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy nakazuje zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast art. 2 pkt 5 ustawy zawiera definicję oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Pomiędzy stronami nie było sporne, że w zakresie zadania nr 31 oferta złożona przez odwołującego była korzystniejsza w przyjętych przez zamawiającego kryteriach od oferty wybranej. W tym stanie rzeczy skoro zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie potwierdził się, to również należało uznać, że zamawiający dokonał wyboru oferty niezgodnie z kryteriami określonymi w siwz, gdyż zgodnie z tymi kryteriami do oceny ofert miały być dopuszczone wszystkie oferty

niepodlegające odrzuceniu. Skoro oferta odwołującego w zadaniu nr 15 nie powinna być odrzucona, to zamawiający zobowiązany był ocenić ją w przyjętych przez siebie kryteriach. Z tego względu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy potwierdził się w zakresie zadania nr 31. Natomiast zarzut ten nie potwierdził się w zakresie zadania nr 15, gdyż zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i w konsekwencji nie poddając jej ocenie w przyjętych kryteriach nie naruszył art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż w przypadku, gdy oferta odwołującego zachowuje zgodność z siwz powinna zostać dopuszczona do etapu oceny ofert. Jednocześnie przepis ten został naruszony ze względu na dokonaną interpretację zapisów siwz w zakresie wymagań dla opakowań antybiotyków, niezgodną z zapisami tejże siwz, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy wprowadza naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia tj. stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Biorąc pod uwagę, że dla zadania nr 31 zamawiający ocenił ofertę odwołującego przez pryzmat tego czy porty są niezależne i czy nie wymagają dezynfekcji przy pierwszym użyciu każdego z portów, to takie wymagania nie wynikały z treści siwz. Nie można zatem uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy jeden z wykonawców o wymaganiach zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dowiaduje się po złożeniu oferty. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy nie stosując tego przepisu w zakresie zadania nr 31. A contrario zamawiający ściśle oceniał oferty przez pryzmat wymogów wynikających z postanowień siwz w zakresie zadania nr 15 i dla tego zadania Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na brak adekwatnego do treści siwz uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 92 ust. 1 określa obowiązki zamawiającego związane z ustaleniem wyniku postępowania i stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m. in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Cytowany przepis nie przewiduje wprowadzenia zbiorowego uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw odrzucenia kilku ofert, jednak takiego

sposobu podawania informacji o ofertach odrzuconych nie zabrania. W przedmiotowej sprawie wykonawcy, których oferty wraz z ofertą odwołującego zostały odrzucone tj. BIALMED Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 15 oraz 31, SALUS INTERNATIONAL Sp. z o. o. w zakresie zadania nr 15 i Konsorcjum firm w składzie: PGF Urtica Sp. z o.o. i PGF S.A.w zakresie zadania nr 15 oraz 31 zaoferowali produkty tego samego producenta tj. Polpharma. Zamawiający wystosował do każdego z nich dwa wezwania do wyjaśnień o zbliżonej treści i uzyskał podobne odpowiedzi, w tym wyjaśnienia producenta Polpharma. Stąd ustalenia stanu faktycznego i jego subsumpcja pod określoną normę prawną dokonane przez zamawiającego odnosiły się do wszystkich tych wykonawców. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że to zbiorowe uzasadnienie podstaw odrzucenia odpowiada rzeczywistej ocenie stanu faktycznego odwołującego poczynionej przez zamawiającego oraz dokonanej ocenie prawnej. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy przez brak przekazania wykonawcom oraz brak zamieszczenia na stronie internetowej zmiany siwz polegającej na dookreśleniu znaczenia opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 15 i 31

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie zadania nr 31. W myśl art. 38 ust. 4 ustawy w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Z treści tego przepisu wynika zatem, że dokładanie treści do opublikowanej czy udostępnionej siwz jest możliwe jedynie przed upływem terminu składania ofert i jedynie w odniesieniu do wszystkich wykonawców jednakowo. Jak już ustalono powyżej w zakresie zadania nr 15 zamawiający ściśle przestrzegał treści opracowanej siwz i w tym zakresie nie naruszył art. 38 ust. 4 ustawy. Natomiast w odniesieniu do zadania nr 31 zamawiający na etapie po upływie składania ofert dodał wymóg „niezależności portów” oraz doprecyzował wymóg „przy pierwszym użyciu” odnosząc go do każdego z portów z osobna, co nie wykonało z opublikowanej treści siwz i w tym zakresie zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wskazanych w treści odwołania. Zarzut nie został skonkretyzowany, ani w odwołaniu, ani na rozprawie. Tym samym nie nadawał się do rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT ograniczając do kwoty maksymalnej wyznaczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....